

VU Research Portal

Twee vliegen in één klap: rechtszekerheid én flexibiliteit in het auteursrecht

Senftleben, M.R.F.; Anemaet, L.

published in

Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht
2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Senftleben, M. R. F., & Anemaet, L. (2014). Twee vliegen in één klap: rechtszekerheid én flexibiliteit in het auteursrecht. In J. L. Smeehuijzen (Ed.), *Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht* (pp. 72-89). (ZIFO; No. 13). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Twee vliegen in één klap: rechtszekerheid én flexibiliteit in het auteursrecht

1. Inleiding

Inmiddels alweer een aantal jaren geleden deed het Hof Arnhem een opzienbarende uitspraak: een zoekmachinedienst mag foto's en bijbehorende teksten uit advertenties van makelaars overnemen, zelfs als er geen inhoudelijke bespreking van die foto's en teksten plaatsvindt, iets wat voorheen wel degelijk een vereiste was.¹ Zo mocht bijvoorbeeld alleen een illustratie uit een besproken boek worden afgedrukt in de krant, indien dit gebeurde in een bepaalde context, zoals een boekbespreking.² Een zoekmachinedienst als Zoekallehuizen.nl had evenwel geen vergelijkbare context waarop hij een beroep kon doen, het enige wat deze dienst deed en doet is zoeken in het woningaanbod van Nederlandse makelaars en het weergeven van de zoekresultaten, zoals een woningomschrijving, een prijs, een hyperlink en een bijpassende foto zonder een eigen bespreking aan te bieden. Toch was dit geen probleem volgens het Hof, omdat deze activiteit wel kon worden vergeleken met het citeren uit een werk ten behoeve van een aankondiging ervan, omdat er wordt aangekondigd wat de bezoeker te zien krijgt als hij de hyperlink volgt en omdat daarnaast het traditionele contextvereiste zou zijn afgezwakt.³ Deze bijzondere zaak illustreert het dilemma waar nationale rechters in auteursrechtelijke zaken vaak mee worstelen: enerzijds een flexibele toepassing van traditionele begrippen, zoals het citaatrecht, in het licht van nieuwe technologische ontwikkelingen, anderzijds het prijsgeven van rechtszekerheid die middels het vasthouden aan traditionele voorwaarden, zoals het contextvereiste, gewaarborgd zou kunnen worden.⁴

Het uitgangspunt in dergelijke discussies vormt de Auteurswet (Aw). Indien we deze wet erbij pakken, wordt direct aan het begin duidelijk aan welke centrale elementen in het auteursrecht dient te worden getoetst. Volgens artikel 1 Aw is het auteursrecht

het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.

De auteursrechthebbende beschikt dus over verschillende exploitatierechten, te weten het openbaarmakings- en het verveelvoudigingsrecht. Niet alle vormen van gebruik zijn echter

* Hoogleraar Intellectuele eigendom en Directeur, Kooijmans Instituut voor Law en Governance, Vrije Universiteit Amsterdam; Of Counsel, Bird & Bird, Den Haag.

** Docent/onderzoeker Intellectuele eigendom, Vrije Universiteit Amsterdam.

¹ Hof Arnhem 4 juli 2006, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2007, p. 93, m.nt. K.J. Koelman (*Zoekallehuizen.nl*).

² Hoge Raad 26 juni 1992, *Nederlandse Jurisprudentie* 1993, nr. 205, m.nt. D.W.F. Verkade (*Damave/Trouw*). Voor een overzicht van de ontwikkeling van het citaatrecht in Nederland, zie M.R.F. Senftleben, "Quotations, Parody and Fair Use", in: P.B. Hugenholtz/A.A. Quaedyvlieg/D.J.G. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law – Auteurswet 1912-2012*, Amstelveen: deLex 2012, p. 359.

³ Hof Arnhem 4 juli 2006, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2007, p. 93, m.nt. K.J. Koelman, r.o. 4.8 (*Zoekallehuizen.nl*).

⁴ Voor een rechtsvergelijkende analyse van dit fenomeen in verschillende EU-lidstaten, zie M.R.F. Senftleben, "Internet Search Results – A Permissible Quotation?", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 235 (2013), p. 3.

exclusief voorbehouden aan de auteur. De wetgever behoudt zich namelijk het recht voor om het auteursrecht in bepaalde opzichten te beperken. Het auteursrecht kan bijvoorbeeld worden beperkt indien het publieke belang om bepaalde gebruikshandelingen vrij te laten zwaarder weegt dan de doelstellingen die het auteursrecht nastreeft. Een goed voorbeeld is het citaatrecht waar Zoekallehuizen.nl een beroep op deed. Met de verlening van exclusieve rechten beoogt de wetgever de investeringen in de creatie van nieuwe literaire en artistieke werken te stimuleren en de creatieve arbeid van de individuele maker te vergoeden. Daarnaast zijn echter beperkingen van het auteursrecht door de wetgever in het leven geroepen om de vrijheid van meningsuiting en – in algemenere zin – de verspreiding en uitwisseling van informatie te bevorderen.⁵

De citaatvrijheid, het recht om parodieën van een werk te maken, gebruiksprivileges voor de pers, de vrijstelling van gebruik voor het onderwijs en door archieven, musea en bibliotheken, gebruiksprivileges voor gehandicapten en de vrijheid om een werk voor eigen studie, oefening en privégebruik te mogen verveelvoudigen, kunnen als voorbeelden dienen.⁶ Het behoeft geen nader betoog dat dergelijke gebruiksvrijheden in de huidige informatiesamenleving alleen maar belangrijker zijn geworden. Zonder toegang tot diverse informatiebronnen is de burger nauwelijks in staat om zijn talenten te ontplooien en op een verantwoorde manier bij te dragen aan maatschappelijke ontwikkelingen. Het vinden van de juiste balans tussen de bescherming van auteursrechten enerzijds en de waarborging van de informatievrijheid anderzijds is tegen deze achtergrond een kunst apart. Zelfs wanneer men het eens is over de noodzaak om het auteursrecht af te wegen tegen de informatievrijheid, resteert nog steeds de vraag waar de scheidslijn tussen bescherming en vrijheid precies moet worden getrokken. Het bovenstaande voorbeeld illustreert maar al te goed dat deze belangenafweging niet altijd gemakkelijk te maken is: de rechter was zich wel degelijk van bewust dat het vasthouden aan een strikte citaatexceptie de informatievrijheid in de maatschappij te zeer zou kunnen belemmeren.

De schemerige scheidslijn tussen de auteursrechtelijke bescherming enerzijds en de informatievrijheid anderzijds roept verschillende vragen op. Want welke groepen en instellingen in de samenleving zouden bijvoorbeeld in aanmerking moeten komen voor een gebruiksprivilege? En welke gebruiksvormen dienen vrij te blijven? Daarnaast mogen belangrijke procedurele aspecten niet uit het oog worden verloren. Is bijvoorbeeld bescherming de regel en vrijheid een uitzonderingsgeval? Betekent dit dat de rechten van auteurs ruim en de beperkingen van deze rechten juist eng dienen te worden uitgelegd? Dient nu de auteursrechthebbende bewijs te voeren voor het bestaan van auteursrechten of dient juist de gebruiker bewijs te voeren voor het niet-bestaan van deze rechten?

⁵ Over de noodzaak van een balans in het auteursrecht, zie R.M. Hilty/A. Peukert, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden: Nomos 2004; T. Dreier, "Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?", in: R. Dreyfuss/D. Leenheer-Zimmerman/H. First (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Economy*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 295; C. Geiger, "The Social Function of Intellectual Property Rights, Or how Ethics can Influence the Shape and Use of IP law", in: G.B. Dinwoodie (red.), *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014; H. Grosse Ruse-Khan, "Proportionality and Balancing within the Objectives for Intellectual Property Protection", in: P. Torremans (red.), *Intellectual Property and Human Rights*, Austin/Boston/Chicago/New York: Kluwer law International 2008, p. 161.

⁶ Voor een overzicht van in de EU toegestane beperkingen van het auteursrecht zie artikel 5 van de Auteursrechtrichtlijn 2001/29. Voor de catalogus van beperkingen in het Nederlandse auteursrechtstelsel zie § 6 van de Auteurswet, artt. 15 e.v.

Kortom: hoeveel rechtszekerheid hebben de individuele maker en de creatieve industrie nodig om tot nieuwe literaire en artistieke producties te komen? Hoe betrouwbaar moet de mogelijkheid zijn om het auteursrecht ook daadwerkelijk te kunnen exploiteren? En aan de andere kant: hoeveel rechtszekerheid hebben burgers en geprivilegieerde instellingen nodig om effectief gebruik te kunnen maken van beperkingen van het auteursrecht? Hoe betrouwbaar moet de wettelijk omschreven ruimte voor vrij gebruik in de praktijk zijn? De twee grote juridische tradities van het auteursrecht – het Anglo-Amerikaanse *copyright* en het continentaal-Europese *droit d’auteur* – hebben verschillende strategieën ontwikkeld om deze vragen bevredigend te kunnen beantwoorden. Een nadere analyse van beide strategieën (par. 2) laat evenwel zien dat voor de beantwoording van al deze vragen een verdere afweging centraal staat: tussen rechtszekerheid aan de ene kant en flexibiliteit aan de andere kant.

In een tijd van snelle technologische ontwikkelingen, met name in de digitale omgeving, is het niet voldoende om rechten en beperkingen nauwkeurig te definiëren en daarmee voor maximale rechtszekerheid te zorgen. Het beschermingssysteem moet veeleer in staat zijn om flexibel in te spelen op technische, sociale en culturele randvoorwaarden die snel kunnen veranderen. Idealiter biedt het auteursrecht dus niet alleen rechtszekerheid voor rechthebbenden en gebruikers, maar zeker ook voldoende flexibiliteit. De balans tussen rechten en vrijheden in het auteursrecht zou ook bij snel veranderende omstandigheden gewaarborgd moeten zijn en aan gewijzigde omstandigheden aangepast moeten kunnen worden. Het bestaande wettelijke kader in de EU voldoet echter niet aan deze basisvoorwaarde die een doelmatige auteurswetgeving in de informatiemaatschappij zou moeten garanderen (par. 3). Met een weinig omvangrijke wetswijziging zou evenwel het actuele disfunctionele wettelijke kader gemoderniseerd kunnen worden (par. 4). Het resultaat zou EU-wetgeving zijn die de nationale wetgever in staat stelt om zowel voor de nodige rechtszekerheid alsook voor voldoende flexibiliteit te zorgen (par. 5).

1. Twee juridische tradities

Alhoewel internationale wetgeving en harmonisatie hebben geleid tot een markante samensmelting van het Anglo-Amerikaanse *copyright* en het continentaal-Europese *droit d’auteur*, volgen beide tradities tot op de dag van vandaag ten aanzien van de beperkingen in het auteursrecht een zeer verschillende benadering: terwijl de continentaal-Europese landen hebben gekozen voor een gesloten stelsel waarin de beperkingen zorgvuldig zijn gedefinieerd, heeft het Anglo-Amerikaanse *copyright* de voorkeur gegeven aan een open *fair-use* stelsel, waarin het aan de rechters wordt overgelaten om in individuele gevallen te beslissen of een beperking van toepassing is of niet.

Dat de continentaal-Europese *droit d’auteur* wat betreft de beperkingen sterk verschilt van de Anglo-Amerikaanse pendant, is goed te zien aan artikel 5 van de Auteursrechtlijn (ARL),⁷ waarin de verschillende vormen van specifieke beperkingen op het auteursrecht zijn uiteengezet. Van deze verschillende typen beperkingen dient slechts één beperking verplicht te worden opgenomen in nationale wetgeving, dat is de beperking voor het maken van tijdelijke kopieën;⁸ alle andere beperkingen zijn optioneel en hoeven dus door de lidstaten niet te worden overgenomen. Voorbeelden van optionele beperkingen op het auteursrecht zijn:

⁷ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (OJ 2001 L 167, 10).

⁸ Artikel 5 lid 1 Auteursrechtlijn.

privékopie; bibliotheek-, museum- en archiefgebruik; tijdelijke vastlegging voor uitzending; ziekenhuis- en gevangenisuitzending; gebruik als toelichting bij het onderwijs of ten behoeve van de wetenschap; gebruik ten behoeve van gehandicapten; gebruik voor citaten, karikaturen, parodieën en pastiches; gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid en administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedures; gebruik van politieke toespraken en openbare lezingen; gebruik tijdens religieuze bijeenkomsten of door de overheid georganiseerde officiële bijeenkomsten; gebruik van bouwwerken gemaakt om permanent in openbare plaatsen te worden ondergebracht; het incidentele verwerken van een werk of materiaal in ander materiaal; gebruik voor reclame voor openbare tentoonstellingen en openbare verkopen van artistieke werken; gebruik met het oog op demonstratie of herstel van apparatuur; gebruik voor de wederopbouw van gebouwen; en gebruik in andere, minder belangrijke gevallen.⁹

De Anglo-Amerikaanse traditie wordt daarentegen vooral gekenmerkt door de fair-use doctrine, een doctrine die zich sterk heeft ontwikkeld in de Verenigde Staten. Een belangrijke fair-use bepaling in de Amerikaanse Auteurswet is artikel 107, waarin de verschillende vormen van de beperkingen in tegenstelling tot artikel 5 Auteursrechtlijn juist open zijn gelaten. Deze bepaling staat het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de auteursrechthebbende toe met het oog op verscheidene doelen, “such as criticism, comment, news, reporting, teaching [...], scholarship, or research.”¹⁰ Om de beoordeling van de rechter in individuele, concrete gevallen goed te kunnen stroomlijnen, zijn er vier factoren opgenomen in deze bepaling die door de rechter naast eventuele andere relevante overwegingen, in aanmerking dienen te worden genomen bij de beoordeling:

- (1) *het doel en het karakter van het gebruik, inclusief of een dergelijk gebruik een commercieel karakter heeft of niet-commerciële educatieve doeleinden nastreeft;*
- (2) *de aard van het auteursrechtelijk beschermde werk;*
- (3) *de omvang en het belang van het overgenomen deel in verhouding tot het beschermde werk als geheel; en*
- (4) *het effect van het gebruik op de potentiële markt voor de waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk.*¹¹

Met behulp van dit juridische kader en de bestaande rechtspraak passen rechters uit de Verenigde Staten een *case-by-case* analyse toe om vast te stellen of een bepaald gebruik is toegestaan zonder dat toestemming van de auteur nodig is.¹²

Beide juridische tradities regelen de beperkingen op het auteursrecht dus geheel anders. Deze verschillen zijn evenwel goed te verklaren. Beide benaderingen zijn namelijk gebaseerd op een andere theoretische grondslag. Het Anglo-Amerikaanse copyright is gestoeld op het *common-law* stelsel, terwijl het Europese droit d’auteur zijn oorsprong vindt in het *civil-law* stelsel. De genoemde fair-use doctrine, die gevolgd wordt in de Anglo-Amerikaanse copyright traditie, heeft een utilitaire grondslag. Het auteursrecht wordt in deze benadering gezien als een privilege dat alleen dan wordt verstrekt, indien het de maatschappelijke welvaart

⁹ Artikel 5 Auteursrechtlijn.

¹⁰ De lijst moet worden gezien als een open, niet-limitatieve opsomming. Zie Senate and House Committee Reports, geciteerd door L.E. Seltzer, *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Rensons in the 1976 Copyright Act*, Cambridge (Massachusetts)/Londen: Harvard University Press 1978, p. 19-20.

¹¹ Artikel 107 van de U.S. Copyright Act.

¹² Deze factoren bieden een leidraad bij de toepassing van de “equitable rule of reason”, ook wel aan te merken als *fair use*. Vergelijk: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984), par. IV.B. Aanvullende factoren kunnen mede in aanmerking worden genomen.

verhoogd doordat informatiebronnen en kennis op deze manier in de maatschappij zijn verzekerd.¹³ Alleen rechten die tot gevolg hebben dat het aantal intellectuele werken toeneemt, zijn volgens de utilitaire leer toegestaan. Daarom is een wettelijke bepaling waarin exclusieve rechten aan de auteur worden toegekend, gerechtvaardigd.¹⁴ Werken die gemaakt worden ook zonder dat een auteursrechtelijke bescherming daar tegenover staat en waarvoor dus geen exclusief recht voor de auteur nodig is, dienen in beginsel vrij te blijven. Anders zouden auteurs worden beloond met exclusieve rechten, terwijl dit onnodig is voor het bereiken van het gewenste doel, namelijk een hogere maatschappelijke welvaart. In het common-law stelsel zijn daarom de exclusieve rechten nauwkeurig weergegeven, terwijl de beperkingen flexibel worden toegepast via open geformuleerde bepalingen, zoals fair use.¹⁵ Ietwat simplificerend gezegd: beperkingen, oftewel het vrije gebruik, zijn het uitgangspunt, terwijl de auteursrechten de uitzondering vormen.

De continentaal-Europese droit d'auteur volgt daarentegen een tegenovergestelde benadering, waarin juist de auteursrechten het uitgangspunt vormen en het vrije gebruik de uitzondering is. Deze benadering is gebaseerd op de natuurrechttheorie, een theorie die de auteur geheel voorop zet.¹⁶ Een literair of artistiek werk kan immers worden gezien als de verwezenlijking van de persoonlijkheid van de auteur. Dit veronderstelt een natuurlijke band tussen de auteur en zijn creatieve werk.¹⁷ Daarnaast impliceert dit dat de auteur een eigendomsrecht op zijn werk verkrijgt door de creatieve scheppingsdaad. Ook zijn aldus geen formaliteiten nodig om een auteursrecht te doen ontstaan, omdat de erkenning van auteursrechten reeds voortvloeit uit de "very nature of things".¹⁸ Het is dan ook logisch dat de wetgever de positie van de auteur als uitgangspunt neemt. Zo dient voldoende ruimte te worden gecreëerd voor auteurs om geld te verdienen met hun creatieve werk en dient aan de auteurs voldoende armslag te worden gegeven om omstandigheden die een goede exploitatie frustreren, tegen te kunnen houden. Daarom kennen de auteursrechtstelsels uit de civil-law landen aan de auteur flexibele, ruime exclusieve rechten toe, terwijl de beperkingen zeer gedetailleerd worden omschreven en daarnaast vaak restrictief worden geïnterpreteerd.¹⁹

Beide tradities hebben zo hun charmes. De zorgvuldig geformuleerde beperkingen die van toepassing zijn in de continentaal-Europese landen, kunnen bijvoorbeeld een hoge mate van

¹³ Eenzelfde gedachtegang volgde bijvoorbeeld de *U.S. Supreme Court* door naar het auteursrecht te verwijzen als "engine of free expression" in *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 US 539 (1985), III B.

¹⁴ A. Strowel, "Droit d'auteur and Copyright: Between History and Nature", in: B. Sherman/A. Strowel (red.), *Of Authors and Origins*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 235 (241-249); S.P. Calandrillo, "An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System", *Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Law Journal* 9 (1998), p. 301 (310).

¹⁵ P.E. Geller, "Must Copyright Be For Ever Caught Between Marketplace and Authorship Norms?", in: Sherman/Strowel, supra noot 14, p. 159 (170); Strowel, supra noot 14, p. 250-251.

¹⁶ B. Edelman, "The Law's Eye: Nature and Copyright", in: Sherman/Strowel, supra noot 14, 79 (82-87); Geller, supra noot 15, 169-170; Strowel, supra noot 14, 236-237.

¹⁷ E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer 1980, p. 110-111. Zie H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 2^e druk – mise à jour 1973, Parijs: Dalloz 1978, p. 538.

¹⁸ Desbois, supra noot 17, 538; Ulmer, supra noot 17, 105-106.

¹⁹ F.W. Grosheide, *Auteursrecht op Maat*, Deventer: Kluwer 1986, p. 2; Geller, supra noot 15, 170; Strowel, supra noot 14, 249-250. Voor een recente bevestiging van dit betwiste uitgangspunt, zie A. Förster, *Fair Use*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 182-184. Vergelijk HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-5/08 (Infopaq International/Danske Dagblades Forening), *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2009, p. 198 m.nt. K.J. Koelman.

rechtszekerheid bieden.²⁰ Doordat de beperkingen staan opgesomd in een gesloten lijst en de reikwijdte gedetailleerd wordt omschreven, is voorzienbaar voor zowel gebruikers als investeerders welke gebruikshandelingen onder de exploitatiebevoegdheden van de auteur vallen, terwijl tegelijkertijd duidelijk is welke handelingen buiten het bereik van de auteur vallen en kunnen worden verricht zonder inbreuk op het auteursrecht te plegen.

Het voornaamste voordeel dat de Anglo-Amerikaanse fair-use doctrine biedt, is flexibiliteit. De fair-use doctrine geeft namelijk rechters de mogelijkheid om de reikwijdte van de beperkingen ofwel te verruimen ofwel te beperken, zodat een juiste balans kan worden gevonden tussen enerzijds auteursrechten en anderzijds sociale, culturele en economische belangen. Zo zijn rechters in staat om de beperkingen op het auteursrecht aan te passen aan nieuwe omstandigheden en uitdagingen, zoals de digitale omgeving. Door rechters deze bevoegdheden te verlenen, is het minder noodzakelijk om voortdurend de wetgeving aan te passen en gelijke tred te houden met de nieuwste technologische ontwikkelingen.²¹

De voordelen die een flexibele benadering kan bieden, moeten niet worden onderschat. Het is een voldongen feit dat het auteursrecht van nu zich voortdurend moet aanpassen aan de snelle en voortdurende evolutie van het internet. Het is aannemelijk dat de ruime bescherming die zowel de VS als de EU aan auteurs verlenen, de ontwikkeling van nieuwe gebruiksvormen belemmert en mogelijk zelfs een onwenselijk effect heeft op maatschappelijke belangen.²² Wanneer het auteursrecht ruime exclusieve rechten verleent zullen deze rechten nieuwe gebruiksvormen snel absorberen en onder de controle van de auteursrechthebbende brengen – zelfs in gevallen waarin dit in het licht van concurrerende belangen onwenselijk wordt geacht. Voorbeelden als user-generated content, geavanceerde zoekmachinediensten en de digitalisering van cultureel materiaal, maken maar al te goed duidelijk dat de reikwijdte van auteursrechtelijke beperkingen nodig dient te worden herzien.²³ Indien er geen ruimte is voor

²⁰ Deze argumenten zijn in de afgelopen jaren nog gebruikt door bijvoorbeeld A. Lucas, “For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test”, *European Intellectual Property Review* 2010, p. 277 (282). Lucas brengt echter dit argument te berde ten aanzien van de huidige regelgeving van auteursrechtelijke beperkingen in de EU. Zoals hierboven uiteengezet, is de geldigheid van dit rechtszekerheidsargument twijfelachtig in die context. Vergelijk ook H. Cohen Jehoram, “Fair use – die ferne Geliebte”, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 1998, p. 174, “Implementatie van de Auteursrechtlijn – De stille strijd tegen een spookrijder”, *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1690, “Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor fair use, tijdelijke reproductie en driestappentoets”, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2005, p. 153, “Wie is bang voor de driestappentoets in de Auteursrechtlijn?”, in: N.A.N.M. van Eijk/P.B. Hugenholtz (eds.), *Dommering-bundel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2008, p. 57.

²¹ M.R.F. Senftleben, “Beperkingen à la carte: Waarom de Auteursrechtlijn ruimte laat voor fair use,” *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2003, p. 10; C.A. Alberdingk Thijm, “Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld,” *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 1998, p. 145, en “Fair use – In weiter Ferne, so nah,” *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 1998, p. 176.

²² Voor een kritische beoordeling van een ruime bescherming van intellectuele eigendomsrechten, zie G. Mazziotti, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2008; O. Depenheuer/K.N. Peifer (red.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2008; R.M. Hilty, “Sündenbock Urheberrecht?”, in: A. Ohly/D. Klippel (red.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 111; R.M. Hilty/A. Peukert, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden: Nomos 2004; C. Geiger, *Droit d’auteur et droit du public à l’information, approche de droit comparé*, Parijs: Litec 2004; D. Kröger, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, München: C.H. Beck 2002; Th. Hoeren, “Urheberrecht in der Informationsgesellschaft”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1997, p. 866.

²³ M.R.F. Senftleben, “Internet Search Results – A Permissible Quotation?”, *Revue internationale du droit d’auteur* 2013, p. 3; A.C. Beunen/L. Guibault, “Brussels Memorandum of Understanding inzake de digitalisering en online beschikbaarstelling van out-of-commerce boeken en tijdschriften”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2011, p. 221; S.J. van Gompel, “Het richtlijnvoorstel verweesde werken”, *Tijdschrift voor*

nieuwe gebruiksvormen en het wettelijk kader niet tijdig wordt herzien, bestaat de kans dat belangrijke sociale, culturele en economische voordelen die ontstaan door deze nieuwe gebruiksvormen, verloren gaan. Een flexibele fair-use toets zou rechters daarentegen de ruimte bieden om enerzijds een ruime bescherming te verlenen aan de auteur, weliswaar binnen redelijke grenzen, terwijl zij tegelijkertijd erop kunnen toezien dat deze exclusieve rechten niet onnodig andere vrijheden die daarbij in het geding zijn, beperken, zoals in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting en de vrije mededinging.²⁴

3. Noodzaak tot hervorming in de EU

De beperkingen van het auteursrecht kunnen op verschillende manieren worden benaderd, afhankelijk van de focus die wordt gelegd: of de auteur staat centraal of juist het vrije gebruik. Gezien de mogelijkheden die er zijn, kan van de wetgever worden verwacht dat hij zich bewust is van de voordelen die de verschillende benaderingen bieden, namelijk de genoemde rechtszekerheid die voortvloeit uit nauwkeurig geformuleerde beperkingen of de genoemde flexibiliteit die ontstaat door een open fair-use wetgeving. Nu het internet veel kansen creëert voor nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen, kan gezegd worden dat meer en meer het voordeel van de flexibiliteit zwaarder weegt dan het voordeel van de rechtszekerheid.²⁵ De EU-wetgevers hebben evenwel een wettelijk systeem ontwikkeld dat disfunctioneel is te noemen: er wordt geen duidelijke keuze gemaakt tussen ofwel een open stelsel ofwel een gesloten stelsel, maar een combinatie daarvan die de voordelen die voortspruiten uit de verschillende benaderingen teniet doet. De huidige EU-wetgeving ten aanzien van de beperkingen op het auteursrecht biedt *noch rechtszekerheid noch voldoende flexibiliteit*.

auteurs-, media- en informatierecht 2011, p. 205; M. Knopp, "Fanfiction – nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2010, p. 28; M.R.F. Senftleben, "Pacman forever – preserving van computergames", *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2009, p. 221; N. Helberger/L. Guibault/E.H. Janssen/N.A.N.M. van Eijk/C. Angelopoulos/J.V.J. van Hoboken, *Legal Aspects of User Created Content*, Amsterdam: Institute for Information Law 2009, beschikbaar op <http://ssrn.com/abstract=1499333>; M. Elferink/A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken*, Amstelveen: deLex 2009; J.V.J. Van Hoboken, "De aansprakelijkheid van zoekmachines. Uitzondering zonder regels of regels zonder uitzondering?", *Computerrecht* 2008, p. 15; S. van Gompel, "Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 38 (2007), p. 669; D.B. Sherman, "Cost and Resource Allocation Under the Orphan Works Act of 2006: Would the Act Reduce Transaction Costs, Allocate Orphan Works Efficiently, and Serve the Goals of Copyright Law?", *Virginia Journal of Law & Technology* 12(2007), p. 13.

²⁴ Zie E.J. Dommering, *De achtervolging van Prometheus – over vrijheid en bezit van informatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2008; C. Geiger, "'Constitutionalising' Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37 (2006), p. 371; A. Strowel/F. Tulkens/D. Voorhoof (red.), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Brussel: Editions Larcier 2006; P.B. Hugenholtz, "Copyright and Freedom of Expression in Europe", in: N. Elkin-Koren/N.W. Netanel (red.), *The Commodification of Information*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer 2002, p. 239; S. Macciachini, *Urheberrecht und Meinungsfreiheit*, Bern: Stämpfli 2000; Y. Benkler, "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain", *New York University Law Review* 74 (1999), p. 355; N.W. Netanel, "Copyright and a Democratic Civil Society", *Yale Law Journal* 106 (1996), p. 283.

²⁵ Het is daarom ook niet erg verrassend dat de fair-use wetgeving pas nog is opgenomen in Israël. Zie O. Fischman Afori, "An Open Standard 'Fair Use' Doctrine: A Welcome Israeli Initiative", *European Intellectual Property Review* 2008, p. 85; G. Pessach, "The New Israeli Copyright Act: A Case-Study in Reverse Comparative Law", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 41 (2010), p. 187 (189-193).

Hoe is dat mogelijk? Door juist die elementen uit allebei de auteursrechttradities eruit te pikken en die op de meest ongunstige wijze met elkaar te combineren, ontstaat een inconsistent stelsel.²⁶ Dat in artikel 5 leden 1, 2, 3 en 4 ARL een gesloten opsomming van mogelijke beperkingen is te vinden, is in overeenstemming met de continentaal-Europese auteursrechttraditie. De opgesomde beperkingen zijn echter onderworpen aan de Europese driestappentoets neergelegd in artikel 5 lid 5 ARL. Aangezien deze toets bestaat uit verscheidene open geformuleerde criteria, doet deze bepaling sterk denken aan de Anglo-Amerikaanse copyright traditie.²⁷ De wisselwerking tussen beide elementen – de gesloten opsomming en de open driestappentoets – is als volgt geregeld:

*De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.*²⁸

Deze benadering leidt onvermijdelijk tot problemen. Zoals besproken kan een gesloten lijst met nauwkeurig omschreven beperkingen het voordeel van rechtszekerheid bieden. Dit mogelijke voordeel ligt echter ver buiten het bereik van ons huidige EU-stelsel. Ook al heeft de nationale wetgeving de beperkingen die zijn genoemd in artikel 5 ARL overgenomen en deze nader gespecificeerd, dan nog is het mogelijk dat deze specifieke nationale beperkingen in strijd worden verklaard met de Europese driestappentoets. Met andere woorden: de nationale beperkingen kunnen ondanks nauwkeurige definiëring in nationale wetgeving verder worden ingeperkt door de open driestappentoets. In tegenstelling tot de Amerikaanse fair-use bepalingen die vergelijkbare abstracte criteria hanteren, kan de Europese driestappentoets echter niet worden ingezet om nieuwe gebruiksvormen te creëren. Daarom is het – ondanks het gebruik van abstracte criteria – onmogelijk om gebruik te kunnen maken van de voordelen die een flexibel systeem zou bieden.²⁹

Dit heeft tot gevolg dat het huidige EU-systeem tekortschiet in het realiseren van enig voordeel dat de Anglo-Amerikaanse of de continentaal-Europese benadering ten aanzien van de auteursrechtelijke beperkingen zou kunnen opleveren. De rechtszekerheid is minimaal in

²⁶ Wat betreft de wetsgeschiedenis van dit hybride stelsel van auteursrechtelijke beperkingen, zie M. Hart, “The Proposed Directive for Copyright in the Information Society: Nice Rights, Shame about the Exceptions”, *European Intellectual Property Review* 1998, p. 169; P.B. Hugenholtz, “Why the Copyright Directive Is Unimportant, and Possibly Invalid”, *European Intellectual Property Review* 2000, p. 499; D.J.G. Visser, “De beperkingen in de Auteursrechtlijn”, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2001, p. 9; F. Bayreuther, “Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie”, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2001, p. 828; J. Reinbothe, “Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International* 2001, p. 733.

²⁷ Het criterium “geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken” lijkt bijvoorbeeld op de vierde factor uit de Amerikaanse fair-use-doctrine “het effect van het gebruik op de potentiële markt voor de waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk”. In feite bevestigt de wetsgeschiedenis van de driestappentoets dat deze flexibele toets zijn wortels heeft in de Anglo-Amerikaanse auteursrechttraditie. Zie voor commentaar afkomstig van het Verenigd Koninkrijk, Doc. S/13, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to July 14, 1967*, Genève: WIPO 1971, p. 630.

²⁸ Zie artikel 5 lid 5 Auteursrechtlijn 2001/29/EG.

²⁹ Vergelijk M.R.F. Senftleben, “Fair Use in the Netherlands: A Renaissance?”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2009, p. 1, beschikbaar op <http://ssrn.com/abstract=1563986>; J. Griffiths, “The “Three-Step Test” in European Copyright Law: Problems and Solutions”, *Intellectual Property Quarterly* 2009, p. 489 (495), beschikbaar op <http://ssrn.com/abstract=1476968>; C. Geiger, “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37 (2006), p. 683; K.J. Koelman, “De nationale driestappentoets”, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2003, p. 6.

het huidige wettelijke stelsel, omdat de toepassing van de open driestappentoets verdere restricties oplegt op de nauwkeurig gedefinieerde beperkingen in de nationale wetgeving van de EU-lidstaten. De driestappentoets verslechtert met zijn abstracte criteria de rechtszekerheid die had kunnen resulteren uit zorgvuldig omschreven gebruiksprivileges.

Wanneer daarnaast nog in aanmerking wordt genomen dat de wetgeving in de EU vele malen langzamer gaat dan in de individuele lidstaten, wordt zonder meer duidelijk dat de *huidige regeling van de beperkingen in de EU een rampscenario is*.³⁰ Het wetgevingsproces in de EU waarin het auteursrecht steeds opnieuw moeten worden aangepast aan snelle technologische ontwikkelingen, vereist niet alleen ellenlange onderhandelingen op Gemeenschapsniveau, maar ook nationale implementatiehandelingen in alle lidstaten. Daardoor zullen de reacties op onvoorziene technologische ontwikkelingen en nieuwe sociale, culturele of economische noden niet alleen langzaam zijn, zoals het geval is in de traditionele continentaal-Europese systemen die werken met nauwkeurig gedefinieerde beperkingen. In de EU zullen deze reacties op nieuwe ontwikkelingen zelfs heel erg langzaam zijn en zeker veel te langzaam om de snelle ontwikkelingen van het internet te kunnen bijhouden. Het totale wetgevingsproces ten aanzien van een bepaalde nieuwe technologische ontwikkeling kan soms wel meer dan tien jaar duren.³¹

Daarom is het de hoogste tijd om de auteursrechtelijke beperkingen in de EU te herzien. De herziening zou zich dan vooral moeten richten op het vergroten van de flexibiliteit in het Europese auteursrechtstelsel, zodat goed kan worden geanticipeerd op de snelle technologische ontwikkeling van het internet, maar ook op de daarmee gepaard gaande voortdurende ontwikkeling van nieuwe internetdiensten. De invoering van een fair-use element lijkt onvermijdelijk om deze doelen te kunnen bereiken. Meer flexibiliteit is een bittere noodzaak in de EU. Het wetgevingsproces in de Unie is veel te langzaam om een gesloten systeem van nauwkeurig omschreven beperkingen up-to-date te houden. Nu er ook sociale, culturele en economische belangen in het geding zijn, zou het onverantwoordelijk zijn om niet over te gaan op geschiktere wetgeving die ook flexibele elementen bevat.

4. Nieuwe EU-wetgeving

Dit doet de vraag rijzen hoe nieuwe EU-wetgeving voor een flexibeler auteursrecht zou kunnen zorgen zonder daarbij de rechtszekerheid te zeer in het gedrang te brengen. In het oog springt in deze context een bepaling in de huidige EU-wetgeving die op zich open geformuleerd is, maar op dit moment niet als een flexibiliseringsinstrument wordt ingezet: de voornoemde driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL. Indien de rol van deze bepaling in het internationale auteursrecht in aanmerking wordt genomen, wordt snel duidelijk dat het bestaande gebrek aan flexibiliteit in het EU-auteursrecht door een herijking van de Europese driestappentoets zou kunnen worden bereikt. De eerste driestappentoets in de internationale auteurswet – artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie (BC) – was gebaseerd op een wetsvoorstel dat was ingediend door de delegatie van het Verenigd Koninkrijk tijdens de 1967

³⁰ In deze zin reeds eerder M.R.F. Senftleben, “Bridging the Differences Between Copyright’s Legal Traditions – the Emerging EC Fair Use Doctrine”, *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 57 (2010), p. 521. Om de schade van de Auteursrechtstichtlijn te beperken, zou de Europese driestappentoets op zijn minst flexibel dienen te worden geïnterpreteerd. Voor richtlijnen hierover, zie C. Geiger/J. Griffiths/R.M. Hilty, “Declaration on a Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 39 (2008), p. 707.

³¹ Zie voor een analyse hierover, M. van Eechoud et al., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International 2009, p. 298.

in Stockholm gehouden Conferentie ter herziening van de Berner Conventie.³² Aangezien het Verenigd Koninkrijk de Anglo-Amerikaanse auteursrechtstraditie volgt, is het niet verwonderlijk dat de driestappentoets bestaat uit open geformuleerde factoren die vergelijkbaar zijn met de fair-use wetgeving in common-law landen. Overeenkomsten tussen de criteria uit de driestappentoets en de criteria uit traditionele fair-use bepalingen, zoals de Amerikaanse fair-use doctrine, zijn gemakkelijk aan te wijzen. Het verbod van een “conflict met een normale exploitatie” bijvoorbeeld roept de vierde factor uit de Amerikaanse fair-use doctrine in herinnering: “effect van het gebruik op de potentiële markt voor de waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk.”³³

Het is dan ook niet verrassend dat de driestappentoets tijdens de Stockholm Conferentie werd opgevat als een flexibel wettelijk kader waarbinnen nationale wetgevers vrij zouden zijn hun eigen nationale bepalingen te behouden en tegelijkertijd gehoor zouden kunnen geven aan nationale maatschappelijke, culturele en economische noden.³⁴ De internationale *acquis* van deze bepaling maakt reeds duidelijk dat de driestappentoets ten aanzien van de nationale beperkingen niet als een benauwend keurslijf moet worden opgevat. De flexibele regeling is namelijk de uitkomst van een compromis dat de lidstaten van de Berner Conventie toestaat de uitzonderingen en beperkingen af te stemmen op specifieke nationale behoeften.

De meeste beperkingen waarop vele gebruikers dagelijks een beroep doen, zijn direct gebaseerd op de internationale driestappentoets. Een specifieke bepaling die de introductie van bijvoorbeeld nationale beperkingen ten aanzien van privékopieën toestaat, zal tevergeefs worden gezocht in het internationale auteursrecht. De ruimte voor nationale privékopie-privileges is het gevolg van een flexibele toepassing van de open geformuleerde internationale driestappentoets. Artikel 9 lid 2 BC heeft daarom duidelijk als doel ruimte te bieden voor het vinden van een juiste balans tussen bescherming (exclusieve auteursrechten) en vrijheid (beperkingen van deze auteursrechten) op nationaal niveau. Met deze doelstelling voor ogen baande de driestappentoets zich een weg naar artikel 13 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs-verdrag) en speelde hij een beslissende rol tijdens de onderhandelingen van de WIPO-“Internet”-verdragen.³⁵ In artikel 10 van het

³² Zie voor commentaar afkomstig van het Verenigd Koninkrijk, Doc. S/13, Records 1967, supra noot 27, p. 630. Voor een uitvoerige bespreking van het wetgevingsproces, zie M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2004, p. 47-52.

³³ Vergelijk artikel 107 of the U.S. Copyright Act. Over de toepassing van de fair-use analyse met betrekking tot de vierde factor uit de driestappentoets, zie M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague/Londen/New York: Kluwer Law International 2004, p. 184-187. De ervaringen die zijn opgedaan bij een al te ruime toepassing van de vierde factor, kunnen bijvoorbeeld goed worden gebruikt voor de toepassing van de fair-use doctrine in de EU. Zie bijvoorbeeld de praktische aanbevelingen van P.N. Leval, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review* 103 (1990), p. 1105 (1124-1125): “By definition every fair use involves some loss of royalty revenue because the secondary user has not paid royalties. Therefore, if an insubstantial loss of revenue turned the fourth factor in favor of the copyright holder, this factor would never weigh in favor of the secondary use. [...] The market impairment should not turn the fourth factor unless it is reasonably substantial. When the injury to the copyright holder’s potential market would substantially impair the incentive to create works for publication, the objectives of the copyright law require that this factor weigh heavily against the secondary user.”

³⁴ Doc. S/1, Records 1967, supra note 27, p. 81.

³⁵ Met betrekking tot de ontwikkelingen van deze “familie” van driestappentoetsen in het internationaal auteursrecht, zie Senftleben, supra noot 33, p. 43-98; N. Dittrich, “Der Dreistufentest”, in: N. Dittrich (red.), *Beiträge zum Urheberrecht VIII*, Wenen 2005, p. 63; J. Bornkamm, “Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung – Karriere eines Begriffs”, in: H.-J. Ahrens/J. Bornkamm/W. Gloy/J. Starck/J. von

WIPO-Auteursrechtverdrag (WCT)³⁶ werd de centrale rol van de internationale driestappentoets nogmaals bevestigd: de toets is verreweg de belangrijkste en omvangrijkste grondslag voor de introductie van nationale auteursrechtelijke beperkingen.

Voor de beperkingen in de Auteursrechtlijn is met name het laatstgenoemde artikel 10 WCT van belang. Zoals aangeduid in de vijftiende overweging heeft de richtlijn als doelstelling nieuwe internationale verplichtingen uit de WIPO-“Internet”-verdragen te implementeren. De Overeengekomen Verklaring betreffende artikel 10 WCT had zich evenwel moeilijk nog explicieter kunnen uitlaten over de flexibiliteit in de internationale driestappentoets:

Het is wel verstaan dat het bepaalde in artikel 10 het de Verdragsluitende Partijen toestaat om in hun nationaal recht voorziene beperkingen en uitzonderingen die overeenkomstig de Berner Conventie aanvaardbaar worden geacht, van toepassing doen zijn op, en op passende wijze uit te breiden tot de digitale omgeving. Het bepaalde in dit artikel dient voorts zo te worden uitgelegd dat het de Verdragsluitende Partijen toestaat om nieuwe beperkingen en uitzonderingen uit te werken die aan de digitale netwerkomgeving zijn aangepast. Het is daarnaast wel verstaan dat artikel 10(2) noch het toepassingsgebied van de beperkingen en de uitzonderingen toegestaan onder de Berner Conventie, reduceert noch uitbreidt.

Deze Overeengekomen Verklaring, die zowel de uitbreiding van traditionele beperkingen als de ontwikkeling van nieuwe beperkingen in de digitale omgeving toestaat, is het resultaat van de beraadslagingen tijdens de WIPO Diplomatieke Conferentie in 1996, die heeft geleid tot de WIPO-“Internet”-verdragen. De bedoeling tijdens de Conferentie was duidelijk: het verzekeren van de juiste werkingssfeer ten aanzien van de beperkingen. Het voorstel dat ten grondslag lag aan het latere WIPO-Auteursrechtverdrag stelde met betrekking tot de beperkingen dat,

*when a high level of protection is proposed, there is reason to balance such protection against other important values in society. Among these values are the interests of education, scientific research, the need of the general public for information to be available in libraries and the interests of persons with a handicap that prevents them from using ordinary sources of information.*³⁷

De zorg voor voldoende ruimte voor belangrijke maatschappelijke doelen hebben in dit verband een doorslaggevende rol gespeeld in de beraadslagingen over de uitzonderingen en de beperkingen. Uit de notulen van het *Main Committee* blijkt bijvoorbeeld de bedoeling traditionele gebruiksprivileges te beschermen. De VS hebben getracht hun fair-use doctrine veilig te stellen.³⁸ Denemarken was vooral bang dat de nieuwe bepalingen die ter discussie stonden, een “keurslijf” zouden worden voor de bestaande beperkingen op juist die gebieden die erg belangrijk werden gevonden voor de maatschappij.³⁹ Vele delegaties waren verder sterk gekant tegen het latere artikel 10 lid 2 WCT die de huidige beperkingen onder de Berner

Ungern-Sternberg, *Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag*, Keulen/Berlijn/Bonn/München: Carl Heymanns 2002, p. 29.

³⁶ Voor het debat over de WIPO “Internet”-Verdragen, zie Senftleben, supra noot 33, p. 96-98; M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford: Oxford University Press 2002; J. Reinbothe/S. Von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: Commentary and Legal Analysis*, Butterworths 2002.

³⁷ WIPO Doc. CRNR/DC/4, § 12.09.

³⁸ WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 488.

³⁹ WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 489.

Conventie onderwerpt aan de driestappentoets.⁴⁰ Korea voerde expliciet het schrappen van het tweede lid⁴¹ aan – een voorstel dat was goedgekeurd door verscheidene andere delegaties.⁴² Singapore zette bijvoorbeeld uitvoerig uiteen dat het tweede lid was

*inconsistent with the commitment to balance copyright laws, where exceptions and limitations adopted by the Conference were narrowed, and protection was made broader.*⁴³

De Overeengekomen Verklaring betreffende artikel 10 WCT is dus de uitkomst van een internationaal debat waarin de noodzaak tot het behouden van een juiste balans in het auteursrecht duidelijk is uitgesproken. De driestappentoets van artikel 10 WCT is niet alleen bedoeld als een restrictief controlemechanisme, maar tevens als een richtlijn voor zowel de uitbreiding van bestaande uitzonderingen en beperkingen als voor de introductie van nieuwe beperkingen in de digitale omgeving. De preambule van het WCT bevestigt deze analyse. Het benadrukt de noodzaak

*tot behoud van het evenwicht tussen de rechten van auteurs en het grotere algemeen belang, met name op het gebied van onderwijs, onderzoek en de toegang tot informatie, zoals in de Berner Conventie tot uitdrukking komt.*⁴⁴

Aangezien de driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL voortvloeit uit deze internationale bepalingen, hoeft deze toets niet noodzakelijkerwijs als een restrictief controlemechanisme voor auteursrechtelijke beperkingen te worden opgevat. Integendeel, in het licht van de rol die de driestappentoets op internationaal niveau inneemt, ligt een andere uitleg voor de hand. De internationale driestappentoets fungeert als een openingsclausule die wereldwijd op maat gesneden systemen van auteursrechtelijke beperkingen mogelijk maakt – ondanks uiteenlopende sociale, culturele en economische randvoorwaarden. De internationale driestappentoets vormt dus de basis voor een grote diversiteit aan nationale beperkingen die niet expliciet in de internationale verdragen konden worden opgenomen. De bepaling kan als een motor van nationale beperkingen op het auteursrecht worden gezien en zeker niet als een restrictie. Wanneer deze inzichten worden verwerkt in nieuwe wetgeving in de EU, zou dit tot de volgende herdefinitie van de driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL kunnen leiden:

In bepaalde bijzondere gevallen vergelijkbaar met de uitzonderingen en beperkingen weergegeven in leden 1, 2, 3 en 4, kan het gebruik van werken of ander materiaal ook worden uitgezonderd van het reproductierecht genoemd in artikel 2 en/of het recht van mededeling van werken aan het publiek genoemd in artikel 3, mits met een dergelijk gebruik geen afbreuk

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld de verklaringen die door de delegaties van Denemarken zijn afgelegd: WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 489, Nieuw-Zeeland, *ibid.*, § 495, en Zweden, *ibid.*, § 497. Zie voor de tekst van het wetsvoorstel het einde van de voorgaande onderafdeling.

⁴¹ WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 491.

⁴² Zie bijvoorbeeld de verklaringen van Hongarije, WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 493 en China, *ibid.*, § 500.

⁴³ WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 492.

⁴⁴ Preambule van het WCT. De WPPT bevat eenzelfde formulering in de preambule. De kwestie was reeds behandeld in het wetsvoorstel dat ten grondslag lag aan de latere WCT. Zie WIPO Doc. CRNR/DC/4, § 12.09. Bovendien was dit ter sprake gekomen bij de overwegingen van het Main Committee I. Zie WIPO Doc. CRNR/DC/102, 72 en 74. Vergelijk wat betreft de verwijzing naar de Berner Conventie (“as reflected in the Berne Convention”), A. Françon, “La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur* 1997, p. 3 (9); S. Ricketson, “The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions: International Conventions and Treaties”, *Intellectual Property Quarterly* 1999, p. 56 (61); H. Cohen Jehoram, “Some Principles of Exceptions to Copyright”, in: P. Ganeva/C. Heath/G. Schricker (red.), *Urheberrecht Gestern – Heute – Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2001, p. 382.

*wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.*⁴⁵

In dit wetsvoorstel zouden dan de huidige beperkingen die staan opgesomd in de leden 1, 2, 3 en 4 van artikel 5 ARL ongewijzigd kunnen blijven. De voorgestelde wettekst zou evenwel duidelijk maken dat deze uitzonderingen moeten worden gezien als bepaalde bijzondere gevallen in de zin van de driestappentoets. Zo kunnen de huidige beperkingen als uitgangspunt dienen voor het vaststellen van nieuwe gebruiksvormen waarvoor geen toestemming van de auteursrechthebbende nodig is. Uit deze benadering volgt dat nieuwe gevallen vergelijkbaar zouden moeten zijn met de opgesomde beperkingen, bijvoorbeeld in die zin dat deze beperkingen vergelijkbare doelen nastreven of zijn gerechtvaardigd vanuit een vergelijkbaar politiek oogpunt. De opsomming van expliciet opgestelde Europese beperkingen zouden daarmee dezelfde functie vervullen als de aanwijzing van de doelen, “such as criticism, comment, news reporting, teaching [...], scholarship, or research,” genoemd in artikel 107 van de U.S. Copyright Act.

Door de opsomming van de toegestane beperkingen en de open driestappentoets op deze manier opnieuw op elkaar af te stemmen en te herijken, zou de voorgestelde fair-use bepaling het huidige disfunctionele systeem – geen flexibiliteit, geen rechtszekerheid – kunnen omzetten in een consistent systeem dat wel beide doelen bereikt. De flexibiliteit die voortvloeit uit de openingsclausule van de driestappentoets, geeft rechters de mogelijkheid om de infrastructuur van beperkingen te verbeteren door nieuwe uitzonderingen te ontwikkelen die gebaseerd zijn op de voorbeelden genoemd in de leden 1, 2, 3 en 4 van artikel 5 ARL.

Bovendien zou deze nieuwe driestappentoets de rechtszekerheid in het EU-stelsel verhogen. Deze nieuwe driestappentoets zou namelijk niet meer door rechters worden gebruikt als een instrument om nauwkeurig gedefinieerde beperkingen in de nationale wetgevingen van EU-lidstaten nog eens te beperken. Integendeel, de abstracte criteria uit de driestappentoets zouden juist worden ingeroepen voor het ontwikkelen van nieuwe beperkingen. Zo wordt de rechtszekerheid die voort zou moeten vloeien uit de nauwkeurig gedefinieerde gebruiksprivileges in nationale wetgeving, niet langer meer beknot door een driestappentoets die als restrictief controlemechanisme wordt ingezet. Zo weten gebruikers van auteursrechtelijk beschermd materiaal waar ze aan toe zijn. Er hoeft dan ook niet meer te worden gespeculeerd over een mogelijke uitkomst van de driestappentoets die eventueel de reikwijdte van een beperking waarop de gebruiker mocht vertrouwen, zou kunnen inperken.

De huidige staat van onze auteursrechtelijke beperkingen kan niet anders dan betreurenswaardig worden genoemd. De invoering van een fair-use bepaling die gebaseerd is op de driestappentoets, zou daarom ook het geheel aan beperkingen substantieel kunnen verbeteren. In plaats van zowel de flexibiliteit als de rechtszekerheid te frustreren, zou de voorgestelde nieuwe driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL voldoende flexibiliteit kunnen verzekeren om de uitdagingen die de snelle ontwikkelingen van het internet bieden, aan te

⁴⁵ Dit wetsvoorstel is in overeenstemming met artikel 5.5 van de European Copyright Code dat het resultaat was van het Wittem Project dat was opgesteld in 2002 als een samenwerkingsverband tussen auteursrechtwetenschappers uit de Europese Unie inzake de toekomstige ontwikkelingen van het Europese auteursrecht. De voorgestelde European Copyright Code van het Wittem Project is beschikbaar op www.copyrightcode.eu.

kunnen gaan. Tegelijkertijd zou de rechtszekerheid kunnen worden versterkt door de beperkingen nauwkeurig te definiëren.

Het is belangrijk om op te merken dat voorafgaand aan de implementatie van de Auteursrechtlijn, de Hoge Raad reeds jurisprudentie had ontwikkeld die kan worden gezien als een voorloper van de voorgestelde wettelijke hervormingen. In 1995 zocht de Hoge Raad namelijk naar een manier om de gesloten opsomming van beperkingen in de Auteurswet open te breken en de weg vrij te maken voor meer flexibiliteit.⁴⁶ In de *Dior/Evora*-uitspraak die werd gewezen vóór de zaak bij het HvJ EU terecht kwam⁴⁷, zag de Hoge Raad genoeg ruimte voor het creëren van nieuwe beperkingen in de Auteurswet:

*Wél is in § 6 van Hoofdstuk I van de Auteurswet een aantal beperkingen van het auteursrecht opgenomen, waaraan in de regel een afweging ten grondslag ligt van de belangen van de rechthebbende op het auteursrecht tegenover de maatschappelijke of economische belangen van anderen of tegen het algemeen belang. Deze uitdrukkelijke beperkingen sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen. Bij een zodanige afweging kan bij één of meer in de wet opgenomen beperkingen aansluiting worden gezocht.*⁴⁸

De zaak ging over de vraag of het Evora was toegestaan om reclame te maken voor Diorparfums die Evora via parallelimport had verkregen en die werden verkocht in winkelketens van Evora. Doordat de luxe parfums werden afgebeeld en gepresenteerd in alledaagse reclamefolders van Evora, was Dior bevreesd voor de mogelijke negatieve effecten op zijn prestigieuze imago. Dior deed daarom ten aanzien van zijn parfumverpakkingen en de flesjes een beroep op cumulatieve auteursrecht- en merkenrechtbescherming. Op die manier probeerde Dior de reclame door Evora te doen stoppen en zijn exclusieve distributienetwerk van officiële Diordealers veilig te stellen.

Aangezien het auteursrecht op de verpakkingen en de flesjes in beginsel was uitgeput na de eerste verkoop door Dior, overwoog de Hoge Raad dat het belang van Dior zich te verzetten tegen een verdere openbaarmaking en verveelvoudiging door over de verpakkingen en de flesjes te adverteren daarom niet zwaar weegt.⁴⁹ De Hoge Raad zocht daarbij aansluiting bij een in de wet opgenomen beperking, namelijk artikel 23 Aw, die de eigenaar van een werk van (toegepaste) kunst toestaat om het werk in een catalogus op te nemen voor zover dat noodzakelijk is voor een openbare tentoonstelling of verkoop. Aangezien de wetgever de balans ten gunste van de eigenaar heeft laten doorslaan en het belang om een werk van toegepaste kunst zonder toestemming van de maker te kunnen opnemen in een tentoonstelling of een verkoopcatalogus voorrang heeft gegeven, kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat het belang van Evora om te kunnen adverteren voor de wederverkoop van Diorparfums in

⁴⁶ Met betrekking tot de algemene noodzaak voor een betere flexibiliteit, vergelijk C. Geiger, “Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 39 (2008), p. 178.

⁴⁷ HvJ EU 4 november 1997, zaaknr. C-337/95, (*Dior/Evora*), par. 58-59, beschikbaar op www.curia.eu. Het hof gaf geen commentaar op het openstellen van de gesloten lijst van beperkingen in Nederland.

⁴⁸ Hoge Raad 20 oktober 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, nr. 682 (*Dior/Evora*), para. 3.6.2.

⁴⁹ Hoge Raad, *ibid.*, para. 3.6.2.

Nederland ook diende voor te gaan – ten minste zolang Dior geen schade lijdt als gevolg van de wijze waarop Evora reclame maakt voor de producten van Dior.⁵⁰

Deze nationale uitspraak van de Hoge Raad werd gezien als een keerpunt in de continentaal-Europese traditie met haar nauwkeurig gedefinieerde beperkingen. In Nederland was men in grote getale ervan overtuigd dat deze uitspraak het gesloten stelsel van beperkingen in de Auteursrecht had opengebroken.⁵¹ Veelal werd de uitspraak in verscheidene commentaren geplaatst in het licht van de fair-use doctrine uit de VS.⁵² De Hoge Raad had evenwel niet de abstracte factoren uit de fair-use bepaling ingezet om tot deze beslissing te komen. Integendeel, de Hoge Raad erkende dat het mogelijk was om bestaande beperkingen uit de Auteurswet als model te gebruiken voor de creatie van nieuwe beperkingen. Op grond van een vergelijkbare belangenafweging kon de leemte in het stelsel van beperkingen worden opgevuld zolang het nieuw ontworpen gebruiksprivilege in overeenstemming was met het Nederlandse stelsel van beperkingen.⁵³ De *Dior/Evora*-benadering is echter overstemd door Europese wetgeving na de implementatie van de beperkingen uit de Auteursrechtlijn van 2001. De hiervoor geopperde wetsherziening – bestaande uit het opnemen van een nieuw artikel 5 lid 5 ARL – zou evenwel het HvJ EU de mogelijkheid geven om de eerste stappen die de Nederlandse Hoge Raad heeft gezet te vervolgen en met behoud van voldoende rechtszekerheid een flexibeler systeem van auteursrechtelijke beperkingen in de EU te ontwikkelen.

5. Conclusie

De analyse toont aan dat een vergelijking tussen het huidige Europese stelsel en de Amerikaanse fair-use doctrine zeer waardevol kan zijn om tot nieuwe inzichten te komen voor noodzakelijke hervormingen in de EU. Aangezien het huidige wettelijke kader in de EU noch voldoende rechtszekerheid noch voldoende flexibiliteit biedt, is het nu de hoogste tijd om in te zien dat de Amerikaanse fair-use doctrine voordelen biedt en als uitgangspunt kan dienen voor de herijking van ons huidige systeem. In tegenstelling tot de Europese regelgeving die gebaseerd is op een gesloten lijst van nauwkeurig gedefinieerde beperkingen, geeft de open geformuleerde Amerikaanse fair-use doctrine de mogelijkheid om gelijke tred te houden met de snelle ontwikkeling van het internet en verschaft het de noodzakelijke middelen om de bescherming van het auteursrecht en concurrerende fundamentele vrijheden, zoals met name de vrijheid van meningsuiting en de vrije mededinging, in balans te houden.

Als we vergelijkbare resultaten willen boeken binnen onze eigen EU-wetgeving, dan zouden we optimaal gebruik moeten maken van de flexibiliteit die de driestappentoets biedt; een toets die in onze EU-wetgeving ten aanzien van auteursrechtelijke beperkingen inmiddels niet meer weg te denken is. Zoals in het internationaal auteursrecht, zou de driestappentoets moeten worden ingezet als een flexibel instrument dat in staat is om de verschillende belangen met elkaar af te wegen en dat kan worden aangewend om bestaande beperkingen te verruimen en nieuwe gebruiksprivileges te introduceren. Om deze doelstellingen te bereiken zou de huidige opsomming van beperkingen uit artikel 5 ARL model kunnen staan voor de invulling van het

⁵⁰ Hoge Raad, *ibid.*, para. 3.6.2.

⁵¹ Vergelijk F.W. Grosheide, “De commercialisering van het auteursrecht”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 1996, p. 43 (43).

⁵² Zie artikel 107 van de US Copyright Act en het commentaar bij deze uitspraak door Spoor, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, nr. 682, para. 2; P. Steinhäuser, *Bijblad bij de industriële eigendom* 1998, p. 195 (212).

⁵³ Hoge Raad 20 oktober 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, nr. 682 (*Dior/Evora*), para. 3.6.2.

criterium “bijzondere gevallen” uit de driestappentoets. Verder zouden we aan rechters de taak moeten toevertrouwen om vergelijkbare gevallen van geprivilegieerd gebruik te beoordelen in het licht van de abstracte criteria uit de driestappentoets, zoals de criteria “geen afbreuk aan de normale exploitatie van werken” en “geen onredelijke schade aan wettelijke belangen”. Op deze manier hoeft de driestappentoets niet langer meer te worden toegepast als een restrictieve keurslijf waarin nauwkeurig gedefinieerde nationale beperkingen zijn opgesloten. Zo wordt ook de verminderde rechtszekerheid voorkomen die een dergelijke restrictieve toepassing van de toets met zich brengt. Door in plaats daarvan de toets op te vatten als een openingsclausule die de opsomming van specifieke beperkingen in de EU aanvult, zou de driestappentoets de flexibiliteit kunnen bieden die in dit snelle internettijdperk zo hard nodig is om de vrijheid van meningsuiting en de vrije mededinging veilig te stellen.